

DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

ARTIGO

A DECISÃO JUDICIAL NA TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN: O PROCEDIMENTALISMO¹ CONSTITUCIONAL RUMO A UMA NOVA PRÁTICA JURÍDICA “*IN TERRA BRASILIS*”

JORGE PATRÍCIO DE MEDEIROS ALMEIDA FILHO

Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

RESUMO: Sociedades complexas e democráticas forçam os sistemas sociais a se adequarem cada vez mais às suas necessidades. Na busca por práticas ou mediações jurídicas com maior teor de legitimidade o paradigma jurídico-científico em curso sofreu uma verdadeira reviravolta, ultrapassando os limites de uma compreensão meramente positivista do Direito e dos direitos. Instituições nacionais de grande porte acolheram as inovações decorrentes das ciências jurídicas e em decorrência iniciaram um processo evolutivo em suas práticas cotidianas, rumando em direção a uma nova forma de se realizar *liberdade, igualdade e fraternidade*, certamente em um sentido jamais experimentado por nós, o povo brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; neoconstitucionalismo; democracia.

¹ O *modelo procedimentalista do Direito* emerge daquele modelo de constitucionalismo que vai levar a sério a indispensabilidade da procedimentalização da opinião pública e da vontade soberana, fugindo a qualquer custo dos atos meramente discricionários. O procedimento é o elemento que confere racionalidade ao provimento. Nada se impõe sem procedimento. Essa postura tem por detrás uma retomada do soberano (o povo) de modo real. A procedimentalização do Direito funciona a partir indivíduos ou classes politizadas, ou em fase de politização, capazes de experimentar o poder de sua condição cidadão e as consequências de suas ações. Tal reconhecimento não se baseia no “acerto” substancial e sim no processo contínuo de aprendizado popular seja qual for o nível da questão.

ABSTRACT: Complex and democratic societies have increasingly forced the social systems to adapt to their needs. In the search for more legitimate juridical practices and mediations, the juridical-scientific paradigm presently reviewed has had turn-arounds beyond the limits of a positive comprehension of law and rights. Large-sized national institutions embodied the innovations of the juridical science and thus initiated an evolutionary process in their daily practice, aiming towards a new way to accomplish *freedom, equality* and *fraternity*, certainly in a manner never before experienced by the brazilian citizens.

KEYWORDS: Law; neoconstitutionalism; democracy.

SUMÁRIO: 1. Notas do autor. 2. Introdução. 3. O império dos direitos. 4. Referências bibliográficas.

1. Notas do autor

Em 16/03/07 ‘ante a saliente importância da matéria que subjaz a esta ação direta de inconstitucionalidade, designei audiência pública para o depoimento de pessoas com reconhecida autoridade e experiência no tema (§ 1º do art. 9º da Lei nº 9.868/99). Na mesma oportunidade, determinei a intimação do autor, dos requeridos e dos interessados para que apresentassem a relação e a qualificação dos especialistas a ser pessoalmente ouvidos. [...]. Esse o quadro, fixo para o dia 20.04.2007, das 9h às 12h e das 15h às 19h, no auditório da 1ª Turma deste Supremo Tribunal Federal, a realização da audiência pública já designada às fls. 448/449. Determino, ainda: a) a expedição de ofício aos excelentíssimos ministros deste supremo tribunal federal, convidando-os para participar da referida assentada; b) a intimação do autor, dos requeridos e dos *amici curiae*, informado-lhes sobre o local, a data e o horário de realização da multicitada audiência; c) a expedição de convites aos especialistas abaixo relacionados: [...].²

² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.+E+3510.NUME.+E+20070316.JULG.&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 08 mar. 2010.

Esse é o despacho que designou pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal, em 16 de março de 2007, a realização de audiência para a construção pública dos conceitos usados em um julgamento.³

Em 28 de setembro de 2009 novamente, e já ordinariamente, o Brasil pôde ver seu supremo tribunal convocar a sociedade aberta do intérpretes da Constituição; agora sob os cuidados do Ministro Ricardo Lewandowski, que convocou audiência por meio de edital.

EDITAL DE CONVOCAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA

Assunto: Políticas de Ação Afirmativa de Reserva de Vagas no Ensino Superior.

O MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RICARDO LEWANDOWSKI, Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e do Recurso Extraordinário 597.285/RS, faz saber, aos que este edital virem ou dele tiverem conhecimento, que, no uso das atribuições que lhe confere o art. 21, inciso XVII do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, convoca Audiência Pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de políticas de ação afirmativa no ensino superior.⁴

Por detrás dessas práticas jurídicas, temos novos ares paradigmáticos em termos de marco científico-jurídico. Ainda que tardiamente, rompendo com o modelo positivista do Direito rumo a uma democracia cada vez mais procedimentalizada, o Supremo Tribunal Federal parece incorporar lições do sempre bem vindo Peter Häberle:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabe-

³ Certamente um dos momentos mais significantes na recente história pós-positivista do Brasil/STF.

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 08 de mar. 2010.

lecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional ao de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 13).

É sobre essa transição que se debruça o presente ensaio de ciência constitucional.

2. Introdução

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e conseqüências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é ARGUMENTATIVA. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma. (DWORKIN, 1999, p. 17).

São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participante de discursos racionais.

Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis conseqüências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas.

E ‘discurso racional’ é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundados discursivamente. (HABERMAS, 1997, p. 142).

O modo de se compreender o Direito moderno *in terra brasilis* tem passado por significativas transformações. Transformações essas que nasceram predominantemente de debates acadêmicos e posteriormente foram assimiladas pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Vejo nessas referidas transformações a justa reafirmação de que estamos rompendo com o modelo positivista de leitura do Direito e ingressando em um pós-positivismo, neoconstitucionalista, em que os laços democráticos são revistos e reafirmados de modo mais intenso, mais complexo, mais exigente, contudo, e nesta mesma medida, mais promissor.

Um dos fatores que mais evidenciam a pragmática pós-positivista no Direito brasileiro, para além do manejo responsável de princípios expressos ou não, é justamente a postura assumida pelo Supremo Tribunal Federal de abrir a interpretação do Direito a todos os membros da sociedade civil organizada. Postura que mostra amadurecimento e atualização de nosso tribunal supremo. Algumas dessas aberturas se deram nas audiências públicas realizadas para discutir a constitucionalidade de, entre outras:

- Pesquisa com células-tronco (esta foi a experiência pioneira).⁵

⁵ Em 16 de maio de 2005, o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, legitimado nos termos do artigo 103, VI, da Constituição Federal, pediu ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e §§ da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005.

O autor da ação alegou a inconstitucionalidade dos seguintes preceitos da Lei nº 11.105/2005:

“Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997”. Os textos constitucionais que estavam em conflito com os supracitados seriam em tese os seguintes:

Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.510. Relator: Ministro Carlos Brito.

- Políticas de Ação Afirmativa de Acesso ao Ensino Superior. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e Recurso Extraordinário 597.285/RS. Relator: Ministro Enrique Ricardo Lewandowski.

- Interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio.

- Importação de pneus usados. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101. Relator: Ministra Carmem Lúcia Antunes.

Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:

III – a dignidade da pessoa humana.

Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do *direito à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifo nosso).

O autor da ação declaratória de inconstitucionalidade, Procurador-Geral da República Dr. Cláudio Fonteles, defendeu em sua peça inicial a tese de que a vida inicia-se com a fecundação e que, portanto, a pesquisa com células embrionárias já fecundadas violaria os preceitos constitucionais de garantia da vida e da vida com dignidade.

Ao final da peça inicial, pediu a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e §§ da Lei nº 1.105, de 24 de março de 2005, bem como à luz do disposto na parte final do § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, a realização de audiência pública. Também foram requeridas informações ao Congresso Nacional, à Presidência da República, bem como o pronunciamento da Advocacia-Geral da União.

No dia 31/05/2005, a ADIn, que recebera o número 3.510, foi distribuída ao Sr. Ministro Carlos Aires Brito.

Na hipótese menos acidentada do procedimento de julgamento de uma ação declaratória de inconstitucionalidade, o relator seguiria o seguinte caminho:

1. recebimento da inicial;
2. pedido de esclarecimentos dos requeridos (órgão de onde emanou a lei ou ato normativo impugnado) no prazo de trinta dias;
3. de posse da inicial e das informações prestadas, ouvir-se-á sucessivamente o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República no prazo individual de quinze dias;
4. por último, o relator elaborará relatório, encaminhará cópia a todos os demais ministros e pedirá dia para julgamento.

Mas a lei de julgamento de ação declaratória de constitucionalidade permitiu dois acontecimentos que tornaram o julgamento da ADIn 3.510 um tanto democrático:

1. o *amicus curiae*;
2. a realização de audiência pública.

- Saúde. Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares nºs 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada nºs 36, 185, 211 e 278 e nas Suspensões de Segurança nºs 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

A realização de audiência pública tem espaço quando o tribunal sente a necessidade de complementação em seu *processo de conhecimento*, quando a questão for de complexidade tal que a *oitiva dos afetados* tornar-se indispensável à formulação do provimento. Chegou a hora de compreendermos, junto ao Supremo Tribunal Federal, que não podemos pensar que a sociedade é quem sempre aprende na oportunidade de um julgamento, na verdade os tribunais é que devem sempre aprender sobre o emaranhado de relações que se desenvolvem no bojo da sociedade em risco.

A previsão deste instrumento de democracia direta veio na Lei nº 9.868/99:

Art. 9º, § 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou *fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.*

É de extrema importância, não apenas no campo acadêmico mas, sobretudo, prático (alunos, advogados, juízes, promotores e servidores), a compreensão de que não poderia a interpretação sobre os direitos manter-se fechada a um grupo oficial de técnicos jurídicos entregues à estereotipia do conhecimento fundado no *eu mesmo*. Tal solipsismo, como salientou Habermas,

[...] faz desaparecer toda margem de contribuição construtiva que os sujeitos socializados, no trato inteligente com uma realidade arriscada e decepcionante, prestam a partir de seu mundo da vida, para chegar a soluções de problemas e processos de aprendizagem bem-sucedidos. (HABERMAS, 2004, p. 41).

Várias instituições brasileiras assumiram às abertas uma ruptura com o formalismo cego gerado por leituras deslocadas, pontualmente, de autores como Hans Kelsen, seguindo justamente rumo a este processo de aprendizado por Habermas apontado.

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais é uma dessas instituições que saem na frente na corrida ao aperfeiçoamento de nossos laços democráticos por via do neoconstitucionalismo.

A *De Jure* (Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais), vértice intelectual da instituição, cuidada pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional, anuncia estar sistematizada dentro de uma nova filosofia pluralista *trans* e multidisciplinar que segue uma linha teórica *pós-positivista e neoconstitucionalista*.

Para além do Centro de Estudos, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais também avançou garbosamente ao incluir no Edital do XLIX Concurso para Ingresso na Carreira as disciplinas *Filosofia Jurídica, Psicologia e o Direito, Sociologia do Direito, Teoria Geral do Direito e da Política, Teoria Crítica do Direito e Direitos Humanos* e por fim *Ética*, indicando farta bibliografia sobre os conteúdos.

Por ter sido o grande acontecimento jurídico-constitucional do ano de 2009 e continuar sendo prática louvável no ano em curso e provavelmente nas próximas décadas, quero apresentar como se deu no campo da racionalidade democrática a transição do pensamento positivista para o pós-positivista. Farei isso lançando mão de dois dos maiores teóricos do Direito respectivamente do séc. XX e da atualidade: Hans Kelsen e Ronald Dworkin.

O que se segue é exatamente uma reconstrução de fundo no que se refere às nossas atuais práticas jurídicas.

3. O império dos direitos

Qual é a fonte de *racionalidade e legitimidade* da *Justiça* e do Direito moderno? O que uma Constituição constitui? Qual o objeto de uma teoria do Direito? Como pensar segurança e correção na atividade jurisdicional de aplicação do Direito em sociedades complexas?

Por toda a Idade Média e mesmo na modernidade, essas questões foram arranjadas e rearranjadas em discursos que, de forma velada ou expressa, lhes atribuía um sentido estrutural arquitetônico. Durante toda a Idade Média, a *tradição* e a *religião* fizeram do *presente* e do *futuro* um tempo orquestrado pelo *passado*. O tempo pré-moderno, com sua indiferença sistêmica, manteve o *Direito*, a *Moral*, a *Religião*, a *Tradição* e a *Violência* como sistemas e valores co-significados. O direito de alguém decorria de sua posição social e de sua casta, estrutura esta tradicional e afirmada por “divindades”, e as próprias regulamentações do Direito se davam de forma local, não geral, *dependentes e sujeitas ao reconhecimento* decorrente de *ações virtuosas de pessoas competentes, supostamente capazes e interessadas em realizar justiça e equidade*. A legitimidade e a racionalidade da aplicação desse Direito decorria da autorização – ou competência – delegada pelas divindades ao soberano; o objeto do Direito seria seu próprio comando que, por ser emanado de alguém dotado de virtude, encerrava a pretensão de *segurança e correção*.

Várias reviravoltas ocorridas nessa configuração social levaram à afirmação de ideais que alteraram esta sociedade européia medieval – ao menos em termos lingüísticos e operacionais – rumo a uma ruptura com o *poder regente do passado*, das *tradições* e das *religiões* ou *divindades* sobre o sentido do presente e do futuro do presente.

A criação de leis gerais e abstratas por Estados nacionais compunha o novo instrumento para libertar a sociedade nos termos da bandeira revolucionária de *liberdade, igualdade e fraternidade*: diretrizes racionalizantes da operacionalização e controle do poder social que desde então pretendia fugir da *tutelagem* imposta pelo passado ao presente e ao futuro de todos.⁶ Deu-se então a profanação do mundo como ato de coragem de quem usa a *própria razão* e não simplesmente a toma de empréstimo, pronta e violenta. Desde

⁶ “O Iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência do entendimento mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. *Sapere aude!* Tem coragem para fazer uso da tua própria razão! – esse é o lema do Iluminismo”. (KANT, 1985, p. 101-117).

o séc. XVIII e XIX, essas questões são os alvos, os ideais ou as diretrizes que marcam os elementos e o destino do que se possa entender como racional; este é o marco epistemológico de fundo. Racional é o que permite operacionalmente, no campo do conhecimento, liberdade, igualdade e fraternidade.

Contudo, muito antes de solucionar os problemas herdados da sociedade pré-moderna os ideais revolucionários modernos *instalaram institucionalmente o problema paradigmático do conhecimento* e neste sentido criaram efetivamente *o problema do Direito moderno* que é justamente dar conta dessas promessas de libertação do indivíduo por um novo projeto-arquitetônico-racional-social.

Liberdade, igualdade, fraternidade e racionalidade crítica não resolvem, mas muito antes apresentam nossos problemas na definição do que é ou não racional e legítimo em termos de Direito. A racionalidade de uma teoria do Direito na modernidade não decorre de uma logicidade meramente interna a si mesma, mas sim da capacidade de responder às questões do Direito, ou seja, às questões referentes à complexidade de seu próprio objeto de conhecimento. As normas não eliminam e sim colocam toda sua problemática, agora em alta modernidade.

Duas perspectivas de determinação e aplicação do Direito são colocadas em observação no intuito de verificar a pertinência de seus critérios de racionalidade no conhecimento do Direito moderno: O positivismo jurídico de Hans Kelsen e o pós-positivismo jurídico constitucional de Ronald Dworkin.

Kelsen publica sua obra “Teoria Pura do Direito” em 1934, ou seja, em meio a fortes tensões políticas mundiais. Por ser judeu, teve, forçadamente, de deixar a Europa e seguir para os Estados Unidos da América, salvando-se do socialismo extremado de Hitler.

Hans Kelsen pretendeu, com sua “Teoria Pura do Direito”, projeto que desenvolvia há mais de duas décadas, elevar a jurisprudência (o conhecimento do Direito) ao nível de uma verdadeira ciência: objetiva e exata (KELSEN, 1998, p. XI). Para tanto, ancorado em uma *episte-*

mologia da linguagem,⁷ pretendeu libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhes fossem estranhos, elegendo essa diretriz como seu *princípio metodológico fundamental*. (KELSEN, 1998, p.1).

Recebeu várias críticas *partidárias* que classificaram sua teoria como liberal democrata, fascista, social-democrata, escolástica católica, protestante etc. Todas essas críticas Kelsen rebateu no sentido de que não são científicas, dizendo: “E isto por si só já permite presumir que no combate à teoria Pura do Direito não atuam apenas motivos científicos, mas, sobretudo, motivos políticos e, portanto, providos de elevada carga afetiva”. (KELSEN, 1998, p. XII).

Kelsen, pela legalidade estrita de seu objeto de conhecimento, tenta separar o Direito não apenas da política mas também da moral e da justiça, já que *não haveria uma unidade moral legítima*⁸ capaz de representar a comunidade jurídica. Assim, em termos de aplicação ou criação jurisdicional do Direito, Kelsen entende que o papel da ciência jurídica é meramente *fornecer, de forma neutra, todas as possíveis interpretações do direito a se aplicar*. Ou seja, em sede de *interpretação não-autêntica*, a prática interpretativa só é *científica* se permanecer afastada da *política* e da *moral* e, nesse sentido, não optar por nenhuma das interpretações possíveis, tarefa essa facultada ao agente competente para criar direito mediante uma *interpretação autêntica* que realiza, seguro por uma *competência* institucional atributiva de *poder discricionário*, atividade valorativa de *política do Direito* (KELSEN, 1998, p. 393). Saber qual a resposta certa para um caso não é, nos termos já defendidos por Kelsen, objeto de uma teoria do Direito (KELSEN, 1998, p. 393)! Qualquer decisão tomada pelo magistrado está de acordo com o Direito, ainda que, no pior dos casos, validada pelo trânsito em julgado.

⁷ “Nesta perspectiva, a primeira idéia que devemos reter do Positivismo Lógico é sua obsessiva preocupação com a linguagem da ciência: a ciência se faz com a linguagem, mas, em última instância, é a própria linguagem. Desta forma, a compreensão coerente e sistemática do mundo é obtida através da linguagem”. (WARAT, 1995, p. 38).

⁸ “A tese de que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque pressupõe uma moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade”. (KELSEN, 1998, p. 78).

Ainda vale lembrar que todo ordenamento encontra sua validade em uma norma superior fundamental, em um *pressuposto hipotético dedutivo* que tem o seguinte sentido: “[...] devemos conduzir-nos como a constituição prescreve” (KELSEN, 1998, p. 224). Não interessa a esta norma nenhuma questão de ordem material, já que tal tarefa levaria à pressuposição de uma razão legisladora – o que, para Kelsen, passa ao largo da razão.

Assim, indo direto ao ponto, entre uma norma de escalão superior e outra de escalão inferior, há um ato humano. Na obra de Kelsen este ato é monológico e solipsista, isto é, a mediação entre escalões não é construída legitimamente em conjunto com a sociedade civil. Dentro do esquema kelseniano interpretativo do Direito existem três classes de agentes ou intérpretes com funções distintas: intérpretes comuns (os cidadãos), intérpretes não-autênticos (cientistas do Direito) e intérpretes autênticos (juízes e legisladores). Assim podem ser explicados:

1. Cidadãos: apenas precisam interpretar o Direito para bem cumpri-lo. Assim, o cidadão (sociedade civil) é mero sujeito observador do Direito;
2. Cientistas: fornecem o rol de interpretações acerca do Direito. Por isso foram (a doutrina) classicamente considerados como fontes do Direito;
3. Magistrados e legisladores: criam o direito, escolhendo uma das opções oferecidas pelos cientistas ou criando uma norma própria, a ser validada pelo trânsito em julgado, ou seja, pelo “não mais dá para voltar atrás”.

Como pode ser notado, a interpretação determinante do Direito foi entregue a um grupo (juízes e letrados/cientistas) ridiculamente pequeno de pessoas que acreditavam poder, a partir de si mesmas, pensar todo o mundo circundante, suprimindo ou suprimindo assim toda riqueza comunicativa da sociedade civil, ou melhor, do cidadão comum, verdadeiro destinatário dos direitos. Ainda segue outro detalhe relevante: o poder discricionário do magistrado ani-

quilou qualquer possibilidade de racionalizar a correção e a moralidade de um provimento judicial.

Diria Kelsen:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (KELSEN, 1998, p. 390).

Mas também segundo Kelsen, pela interpretação autêntica que cria Direito é possível “[...] produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa” (KELSEN, 1998, p. 394), o que produziria uma nova norma jurídica, desde que não estivesse ao alcance da anulabilidade, ou seja, já houvesse transitado em julgado (KELSEN, 1998, p. 395).

É assim que a premissa primordial de segurança jurídica foi implodida, atraída para as rochas. Que segurança haverá se a interpretação do Direito passar ao largo de pessoas reais que vivem os textos e transformam-se em textos ilegíveis aos olhos de magistrados que vivem realidades completamente diferentes? Qual segurança jurídica haverá se os magistrados puderem escolher qualquer interpretação normativa e esta se firmar como a que está de acordo com o Direito?

Este é o esquema que ainda predomina na mentalidade jurisprudencial atual, como bem exemplificou o Ministro Humberto Gomes de Barros:

(Agravamento Regimental em Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 319.997-SC, 2001/0154045-5) MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, li, com extremo agrado, o belíssimo texto em que o SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS expõe as suas razões, mas tenho velha convicção de que o art. 557 veio em boa hora, data vênica de S. Exa.

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me

submeto. Interessa conhecer a doutrina de BARBOSA MOREIRA ou ATHOS CARNEIRO. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que os SRS. MINISTROS FRANCISCO PEÇANHA MARTINS e HUMBERTO GOMES DE BARROS decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que pensamos. *Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.* Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. Peço vênua ao SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, porque ainda não me convenci dos argumentos de S. Exa. Muito Obrigado.⁹

O projeto kelseniano é arbitrário e insuficiente em vários sentidos se observado a partir das diretrizes de racionalidade moderna. Poderíamos apontar pelo menos três questões fundamentais: a) Kelsen não é um cientista neutro e neste sentido sua Teoria Pura do Direito representa seus anseios em relação à teoria do Direito, ou seja, representa sua política pessoal, sua parcial compreensão pré-científica do Direito enquanto objeto de conhecimento – claro que não se trata de política partidária *material*.¹⁰ b) A Teoria Pura do

⁹ Destacado. In: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. Teoria da Argumentação Jurídica: Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 145.

¹⁰ Pelo menos duas formas de ser político e de prescrever diretrizes podem ser vistas de forma muito clara. A primeira e mais comum é aquela em que aquele que prescreve algo é membro de um partido político constituído e declarado. É o que ocorre com os socialistas que prescrevem a igualdade ou os liberais que prescrevem a liberdade como direito mediador dos conflitos sociais. Outra forma de fazer política é prescrever uma diretriz pessoal ou grupal que não tenha caracteristicamente as mesmas dimensões expressas e tradicionais da primeira forma apresentada, seja em termos formais, seja em termos substanciais. Assim acontece com quem, mesmo sem defender mérito e se dizer um político, prescreve como direito seguro o divino, o natural racional ou mesmo o positivo. Enfim, todos fazem política, mas a questão central e mais perigosa é justamente fazê-la competentemente com outro nome; ciência, por exemplo! Ora, quem é Kelsen ou qualquer outro teórico para taxar solipsisticamente o que é e o que não é objeto de uma teoria do

Direito é incapaz de garantir segurança no conhecimento do Direito porque é arbitrária ao se contentar apenas com a descritibilidade das regras estabelecidas e também ao chamar de Direito violência, poder, política, moralidade estatal, religião etc.¹¹ c) Kelsen foi incapaz de perceber que a cisão entre descrever e prescrever é uma incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento e que neste sentido o cientista do Direito não é capaz de fornecer de forma neutra todas as possíveis interpretações de uma norma.¹²

Direito? É mais que notória, em kelsen, a consequência restritiva do que sejam os direitos. Kelsen, com seu projeto, impõe, “a partir de si mesmo”, em decorrência de seu recorte epistemológico, o que seja o Direito e o que vale como Direito. A forma determina o conteúdo e o classifica determinantemente! Não é dizer que Kelsen está estipulando um conteúdo, mas está afirmando todos. Por mais forte que possa ser tal afirmação, Kelsen não conseguiu ver sua própria imagem refletida nas páginas da “Teoria Pura do Direito”, bem como não conseguiu ver nas “descrições” as digitais dos “cientistas”. A pureza de sua ciência foi se contaminando na medida de sua produção. Kelsen não foi capaz de perceber a clássica cisão entre descrever e prescrever como uma incompreensão do ser que antecede qualquer conhecimento. A Teoria pura do Direito é um projeto jurídico político de Kelsen, diferente das formas clássicas de política do Direito, claro, mas não quer dizer que não seja.

¹¹ A *Grundnorm* identifica o Direito de uma comunidade? Pergunta-se: Na Alemanha nazista havia direitos? Até quando? Ora, a violência, a mera politicagem, o medo e outros elementos são capazes de gerar em uma sociedade uma *Grundnorm* onde todos acreditem que *devem seguir a constituição*, talvez porque se não seguirem morrerão. Essa breve observação é suficiente para mostrar porque a *Grundnorm* é capaz de fundamentar não o Direito, mas a política ou a violência. Contudo, Kelsen poderia usar o signo “Direito” para nomear estas situações de domínio e poder, mas tratar-se-ia de uma classificação arbitrária e não rigorosamente científica. Talvez isso aponte para uma fragilidade dos postulados neo-positivos de Kelsen! Mas isso já não é mais novidade porque já evidenciado por Heidegger ao mostrar que a fixação dos princípios fundamentais de uma ciência é não científica e que neste sentido “O ‘movimento’ próprio das ciências se desenrola através da revisão mais ou menos radical e invisível para elas próprias dos conceitos fundamentais. O nível de uma ciência determina-se pela sua capacidade de sofrer uma crise em seus conceitos”. (HEIDEGGER, 2002, p. 35).

¹² Kelsen não foi um cientista de teoria do Direito nos termos em que defende a atividade científica. Seu cientista tem uma atividade impossível de se realizar e sua Teoria Pura do Direito prescreve um modelo normativo que recorta seu objeto, o Direito, ou seja, difundiu-se um kelsenianismo em torno do Estudo do Direito. Isso se deve ao fato de que Kelsen não mostra objetivamente como o Direito é descrito, mas sim como ele acredita que deve ser descrito e aplicado a partir de seu mundo bombardeado por partidos políticos que valorativamente descreviam o Direito ao bel prazer. A Teoria Pura do Direito é representação do mundo subjetivo de Kelsen, e essa é a regra! Como observou Heidegger: “A abertura do pré da presença na compreensão é ela mesma um modo do poder-ser da presença. A abertura do ser em geral consiste na projeção do ser da presença para a função e para a significância (mundo).” “Na compreensão, a presença projeta seu ser para

A unidade do sistema jurídico, prescrita por Kelsen, garantida pela *Grundnorm* reduz o Direito a uma questão de facticidade, porque está presa a uma macro-dinâmica de poder e porque acredita na falsa idéia de que como não há uma moral substantiva absoluta capaz de servir legitimamente de medida para o Direito, também não há que se falar em moral no conhecimento teórico científico do Direito.

Noutro giro, Ronald Dworkin, representante da Teoria do Direito anglo-saxônica, numa linhagem lingüística pragmatista, quer defender uma teoria que não seja mera estipulação arbitrária do Direito, mas apenas uma *concepção* ou *interpretação* do Direito rumo a uma superação das limitações do positivismo jurídico enquanto ciência do Direito.¹³

Antes de qualquer outra questão, é preciso ressaltar que Dworkin, muito embora possa ser classificado como um típico pragmatista norte-americano, consegue absorver toda a discussão filosófica *pós-giro-hermenêutico-pragmático*¹⁴ e condensá-la em postulados práticos de sua teoria resgatando toda a complexidade inerente à tensão ontológica entre *ideal* e *real*, *texto* e *contexto*, *ciência* e *filosofia*, *facticidade* e *validade*, *sistema* e *ambiente sistêmico* e nesta medida entre *Direito* e *Moral*. Alguns poderiam argüir que, por ser a obra pragmática, pensar Dworkin pela filosofia seria atribuir a sua obra maior conteúdo do que o próprio autor teria pretendido. Mas tal observação não faria sentido, tendo em vista o próprio autor ter alertado que *evitou demonstrar até que ponto foi influenciado por outros autores de filosofia do Direito ou delas tenha extraído elementos* (DWORKIN, 1999, p. XIII). Assim, não entender ou duvidar do que está por detrás de seus postulados, torna-se o primeiro passo para uma interpretação medíocre deste clássico de Teoria do Direito.

possibilidades" (HEIDEGGER, 2002, p. 203-204).

¹³ Dworkin tem como alvo constante a teoria do Direito de Herbert L. A. Hart. Contudo, pela semelhança com o projeto de Kelsen, este foi tomado como contraponto já que é o positivista de maior ressonância no Brasil.

¹⁴ Ver Heidegger (2002), Gadamer (1999) e Habermas (1997).

Bem, Dworkin não quer sozinho dizer o que é o Direito e, para tanto busca o uso corrente e generalizado do conceito.¹⁵ Todos os conceitos em Dworkin são *interpretativos*, dependentes e abertos à *sociedade aberta de intérpretes dos conceitos de Direito*.¹⁶

Dworkin defende um modelo de normas complexo, composto de *regras* e de *princípios deontológicos*. Estes últimos são, com alta carga de legitimidade, a efetiva representação de uma comunidade e por isso funcionam como *trunfos* ou *coringas* em relação ao poder político do governo ou Estado. Esta comunidade de princípios vinculantes, quando bem entendidos, afasta várias críticas feitas a Dworkin, considerado por alguns como positivista, naturalista ou mesmo representante do comunitarismo constitucional. Vale então ressaltar: “A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo”. (DWORKIN, 2002, p. 64). É, sobretudo, assim que a teoria do Direito de Dworkin consegue reconhecer uma sociedade que efetivamente governa a si mesma. O que uma Constituição constitui? De que é constituída uma Constituição? Uma Constituição constitui e é constituída dos problemas postos por si mesma, de sua comunidade de princípios; “nós, o povo”¹⁷ soberano enquanto efetiva comunidade de princípios constituímos a própria e inerente crise constitucional da Constituição. Os princípios são instrumentos para o reconhecimento de imperativos morais pessoais e comunitários,

¹⁵ “Eu, porém, estava interessado no que considere um argumento sobre o conceito de direito que é hoje de uso generalizado. Trata-se, penso eu, do conceito de padrões que estipulam os direitos e deveres que um governo tem o dever de (*bas a duty to*) reconhecer e fazer cumprir (*enforce*), ao menos em princípio, através de instituições conhecidas como os tribunais e a polícia. Meu ponto era de que o positivismo, com sua doutrina do teste fundamental, normalmente reconhecido, toma parte da esfera de aplicação do conceito como se fosse o todo”. (DWORKIN, 2000, p. 75).

¹⁶ Ver Häberle (1997).

¹⁷ Contra a *interpretação comunitária* Dworkin propõe, em consonância com uma “[...] democracia não majoritária, mas constitucional, uma interpretação estatística do ‘nós, o povo’. Segundo a interpretação estatística, o controle do indivíduo sobre as decisões coletivas que afetam sua vida é medido pelo seu poder de, sozinho, influenciar de algum modo o resultado”. (DWORKIN, 2006. p. 33).

não determinados de antemão, sobretudo porque, para Dworkin, os princípios interessam mais que seus conteúdos já fixados; o que importa à teoria do Direito de Dworkin efetivamente é a prática argumentativa dos princípios, ou seja, a prática da resolução precária dos problemas que colocamos a nós mesmos! Em qual perspectiva? Liberal ou social? O que orienta os limites dos Direitos: liberdade ou igualdade? Nem um nem outro, mas os dois ao mesmo tempo! Mais uma vez Dworkin é capaz de perceber e rearranjar esta histórica oposição marcada por mazelas inesquecíveis e determinantes. Parece que a revolução francesa fora profética na ordem de seus ideais! Dworkin observa que a divergência paradigmática entre liberdade e igualdade, que se dá por ignorância, tende a desaguar em um ideal mais amplo de fraternidade. “Essa idéia é um erro comum dos libertários que odeiam a igualdade e dos igualitaristas que odeiam a liberdade; cada um ataca seu próprio ideal sob seu outro nome”. (DWORKIN, 2002, p. XVIII).

Toda a tensão de uma divergência entre *liberdade e igualdade* e neste sentido sobre a interpretação dada ao reconhecimento do *pluralismo* – dividida entre de um lado concepções de vida boa¹⁸ e de outro valores constituídos pela maioria de uma comunidade¹⁹ – é mantida dentro de um ideal de *igual consideração e respeito* que tenta amarrar liberdade e igualdade em uma comunidade que tem no *reconhecimento da autonomia ética e moral do outro* um ideal de *fraternidade*, um *postulado de igual consideração e respeito como norma fundante do sistema*. Assim descreve Dworkin:

O governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração, e com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas. O governo deve não somente tratar as pessoas com consideração e respeito, mas com igual consideração e respeito. Não deve distribuir bens ou oportunidades de maneira desigual, com base no pressuposto de que alguns cidadãos têm direito a mais, por serem merece-

¹⁸ Ver Rawls (2000).

¹⁹ Ver Walzer (2003).

dores de maior consideração. O governo não deve restringir a liberdade, partindo do pressuposto de que a concepção de um cidadão sobre a forma de vida mais adequada para um grupo é mais nobre ou superior do que a de outro cidadão. (DWORKIN, 2002, p. 419).

Assim, a comunidade de princípios – *nós, o povo* – compõe a parte conceitual e normativa do Direito.

Nesse sentido, como já referido linhas acima, fenomenologicamente, mas também criticamente, quem vive o Direito não apenas tem competência para interpretá-lo como efetivamente integra a parte conceitual do Direito. Neste sentido, a validade de uma disposição normativa está condicionada a uma densificação de sentido apenas determinada em casos concretos irrepetíveis, com lugar, data, pessoas, fatos e normas específicas. Os acordos são datados e circunscritos a um ambiente decisório específico. É por isso que a *tese da única resposta correta* deve ser vista com bastante cuidado para evitar equívocos grosseiros. Ela é uma tese de domínio interno restrito a esse ambiente decisório específico e, neste sentido, *ter razão ao considerar que uma resposta específica é a correta é diferente de poder demonstrar erga omnes a correção material desta única resposta* (DWORKIN, 1999, p. XIII) – o que seria metodologicamente errôneo já que a matéria não fora colocada *erga omnes*. Toda *verdade e validade* das proposições jurídicas decorrem de construções interpretativas. Assim

[...] ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma. (DWORKIN, 1999, p. 17).

Pressuposto tanto do *Direito como integridade* como do *romance em cadeia*, a *atitude interpretativa focada, no propósito da prática* a que interpreta, vai encontrar no campo específico da decisão judicial aquilo que Dworkin chamou de *fases da interpretação*: *pré-interpretativa* (seleção do material jurídico); *interpretativa* (elaboração de concepções sobre o material colhido na fase anterior) e *pós-interpretativa* (juízo de adequação entre material jurídico, concepções e fatos).

As três etapas do processo decisório são realizadas por todos os envolvidos no procedimento e não pelo magistrado – *Hércules existe*²⁰ – o que dá à teoria do Direito como integridade de Dworkin uma vantagem grande em relação ao positivismo, já que ao abrir o Direito à sociedade de seus intérpretes ou à comunidade de princípios (!), que se reconstrói a todo momento, permitiu uma minoração²¹ significativa do poder discricionário do magistrado (e do cientista também! Solidão é sempre parcial e arbitrária),²² além de também arranjar em uma melhor luz a relação entre Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Teoria da Constituição e Teoria Política do Estado de Direito. O soberano passa a ser visto como soberano – nós, o povo –, a Constituição passa a ser vista como documento que constitui e é constituída de sua comunidade de princípios, e o Direito então se

²⁰ Hércules foi uma metáfora utilizada por Dworkin – anunciada como metáfora – que supre algo que não poderia ser tratado de corpo inteiro por uma questão de opção, que mostra quais são as diretrizes a serem seguidas em um processo judicial, em um procedimento argumentativo construtivo das verdades das proposições jurídicas levantadas, e justificante das normas jurídicas válidas em sua aplicação. A teoria do Direito como integridade representa uma postura interpretativa dirigida a todos os participantes do procedimento de tomada de decisão judicial numa comunidade de princípios que se reconhecem enquanto dignos de igual consideração e respeito. Assim insistentemente afirma Dworkin: “*Meu projeto também é limitado em outro sentido. Concentra-se na decisão judicial, nos juízes togados, mas estes não são os únicos protagonistas do drama jurídico nem mesmo os mais importantes. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os dos juízes*”. Portanto, realizar o ideal de integridade no direito é algo que só se pode fazer nos termos apontados por Dworkin como sendo “um exercício argumentativo e dependente de todos os atores do drama jurídico e não apenas pelos juízes. O juiz real deve suprir sua desvantagem em relação a Hércules recorrendo a todos os participantes da prática do Direito. O juiz real deve garantir o trânsito livre de comunicação e não pode ter certeza sobre os argumentos de alguém a menos que deixe este acabar de falar para descobrir se compartilha de suas convicções” (DWORKIN, 1999, p. 14, 16 e 19, grifo nosso).

²¹ O Direito como integridade é “[...] uma estratégia aplicável por advogados e juízes que ajam de boa-fé, e nenhuma estratégia de interpretação pode ser mais do que isso” (DWORKIN, 2006, p. 16).

²² É por isso que Dworkin diz que o voto de qualquer juiz é uma peça de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta, mas sempre é o “prólogo silencioso de qualquer veredicto”. Toda concepção carrega por detrás de si outras questões referentes à moralidade política, pessoal, convicções ideológicas etc., ou seja, sempre resulta de uma teoria mais geral. Não que tal teoria esteja articulada de forma explícita. O que Dworkin quer dizer é que uma concepção sobre um conceito “[...] revela uma atitude a respeito desse vasto território pré-compreensivo, dê-se, o intérprete, conta disso ou não”. (DWORKIN, 1999, p. 113; 126).

delimita efetivamente em relação ao poder, à política e à violência, seja ela *macro* ou *micro*, *sistêmica* ou *disciplinar tradicional*.

A imprescindibilidade de entender o Direito para além de uma operacionalização mecânica de textos impõe a necessidade de reconstrução tanto do próprio direito quanto das questões fáticas. Essa dupla necessidade de reconstrução é justamente o que nos permite avançar em face do reducionismo e da simplificação da atividade de aplicação do direito, características dos paradigmas anteriores, e pretender que as decisões tomadas possam ter uma consistência tanto em face do direito vigente geral e abstrato quanto das especificidades de um caso concreto sempre singular e irrepetível (*hard case*), de modo que, respectivamente, possa ser entendido como um processo atento tanto à segurança jurídica (*certeza do direito aplicado, prévio*) e como correção da decisão em nível capaz de ter a aceitabilidade das partes como resultado de um processo racional (*decisão justa*).

A única decisão correta diz respeito a esta demanda irrepetível! É essa racionalidade construída e atingida em uma demanda específica, que não aproveita inteiramente a outras, que faz de uma resposta a resposta única adequada a um caso. As “exigências de integridade” satisfeitas em um caso específico não constroem uma solução resistente ao tempo. O direito enquanto prática social interpretativa desde uma perspectiva reconstrutiva criativa interna é sempre temporal e referente a partes muito bem determinadas.

Termina-se pelo começo ao afirmar que Dworkin é um moderno: Dworkin é um moderno porque reassume o indivíduo como partícula racional e livre para se determinar, poupado de agulhões mantidos pela via da violência, disposto a realizar o pressuposto da liberdade, igualdade e fraternidade, só que agora, livre de uma racionalidade pré-fabricada. Em afinação está o professor mineiro Menelick de Carvalho Neto:

Assim, podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional insita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha clara a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a textos, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e

jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir. (CARVALHO NETO, 2004, p. 44).

É muito importante, portanto, entender, com Dworkin mesmo, que “[...] ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por esta razão” (DWORKIN, 1999, p. 492) e que a prática judicial tem como “[...] finalidade, colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor” (DWORKIN, 1999, p. 16; 492). Dworkin foi claro ao defender que os juízes não são legisladores delegados e que é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além do Direito, o que implica, inclusive, uma superioridade dos argumentos de *princípios* sobre os de *política* em termos de decisão judicial. (DWORKIN, 2002, p. 129).

Então a questão se coloca novamente: Qual é a fonte de racionalidade e legitimidade da Justiça e do Direito moderno? A crise apresentada na mesma medida de seus ideais, isto é, realizar liberdade, igualdade e fraternidade; a revolução e a constitucionalização de promessas modernas não resolvem, mas, muito antes, colocam em pauta seus próprios problemas.

O que uma Constituição constitui? Uma Constituição constitui uma comunidade de princípios que precisa ser resolvida, estabelecida e revisada a todo instante.

Qual o objeto de uma Teoria do Direito? Toda complexidade inerente à constituição de seu objeto de conhecimento, ou seja, efetivamente o Direito – regras e princípios – e não apenas parte dele – regras.

Como pensar segurança e correção na atividade jurisdicional de aplicação do Direito em sociedades complexas? Na medida em que seriamente o indivíduo for retomado, desde dentro, para compor o ordenamento constitucional. Quando as decisões jurisdicionais forem verdadeiras, epistemologicamente possíveis, e não exercícios de adivinhações mal ou bem intencionadas. Quando a reconstrução do sentido constitucional do ordenamento for a reconstrução do que o constitui por essência, portanto, quando for uma reconstrução do “nós, o povo”, uma reconstrução da comunidade de princípios que constitui a constituição.

Kelsen, ao criar sua teoria pura do direito para descrever o Direito, no que tange a sua teoria da decisão judicial, *preso a uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição*, reduz a reconstrução da normatividade social plural a um *juízo de política do Direito* a ser realizada pelo julgador. Julgador este que teria liberdade para escolher, dentre as várias interpretações apresentadas, qualquer delas, já que todas seriam válidas em termos de direito positivo, mas, como oportunamente visto, a insuficiência do marco positivista se dá neste momento por não perceber que o Direito não se reduz, e nem pode se reduzir, ao direito positivo, e que uma comunidade aberta dos intérpretes do Direito para além de pensar o que o Direito deveria ser reconstrói uma normatividade já existente, adequada e justificada constitucionalmente. A teoria pura do direito de Kelsen, ao ignorar em seu sistema o pluralismo, ignorou não só uma base moral como medida para o Direito mas negou também o *poder discursivo de cidadãos que racionalizam a moral*. Kelsen não enxergou aquilo que hoje justamente complementa um modelo conceitual positivista do Direito: *os princípios* e dele permite ir além.

Este trabalho não chega a outra conclusão senão a de que legitimidade e justiça na decisão judicial são ideais atingíveis na medida em que o próprio conceito de Direito contiver e der conta da complexidade de tais ideais. Liberto de um agulhão semântico, com Dworkin, foi possível avançar em termos de teoria do Direito e conseqüentemente em termos de teoria da decisão judicial, rumo a uma *prática do Direito procedimentalizada* e capaz de *reconstruir o sentido de seus conceitos de forma racional*, moralmente justificada, porque referente aos afetados por uma decisão e porque construída segundo o critério discursivo de *igual consideração e respeito na autodeterminação moral e auto-realização ética da pessoa*.

Uma teoria do Direito e uma teoria da decisão judicial devem ser somadas para fechamento da estrutura teórica aqui defendida ao constitucionalismo democrático ou democracia constitucional, que se guia segundo uma interpretação estatística do “nós, o povo” ou seja, segundo uma interpretação constitucional que resgata, reconstrói a partir da própria comunidade de princípios em crise, a racionalidade e a justiça de uma decisão judicial, resgatando também toda capacidade e legitimidade discursiva dos indivíduos *sujeitos e agentes* de seu próprio *Direito, moderno*.

É justamente neste mesmo entender que, ao constatar a importância de pensar um modelo teórico de interpretação constitucional que seja adequado a sociedades plurais e democráticas, Häberle aponta para: a) a transição para uma sociedade aberta de intérpretes, b) uma certa circularidade existente entre sociedade aberta e interpretação constitucional na medida em que esta é pressuposto e decorrência daquela e c) a existência de uma proporcionalidade entre abertura interpretativa e pluralismo social. Propõe-se, pois, a seguinte tese:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da constituição. [...] A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...]. Os critérios de interpretação constitucional ao de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.(HÄBERLE, 1997, p.13).

Assim, fazem-se pertinentes as conclusões de Habermas:

Suponho, todavia, que a inquietação possui uma razão mais profunda: ela deriva do pressentimento de que, numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical.(HABERMAS, 1997, p. 13).

O projeto constitucional moderno é algo que devemos assumir de forma séria para que a Constituição constitua uma comunidade de princípios cada vez mais críticos de si mesmos. O Direito

É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter. (DWORKIN, 1999, p. 492).

Acuso que estas são as premissas fundamentais do que se vem chamando de neoconstitucionalismo.

4. Referências bibliográficas

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GADAMER, Hans George. *Verdade e Método*. Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. Trad. Flávio P. Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A Sociedade Aberta de Interpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “procedimental” do Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Sieberneicger. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1.

_____. *Verdade e Justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2002.

KANT, Immanuel. *Resposta à Pergunta: Que é ‘Esclarecimento’?*. In: KANT, Immanuel. Textos Seletos. Trad. Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p.101-117.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *O Direito e sua Linguagem*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

Artigo enviado em: 09/03/2010

Artigo aprovado em: 18/08/2010